

VU Research Portal

Het Albron-arrest: Lees maar, er staat niet wat er staat

Bouwens, W.H.A.C.M.; Witteveen, A.P.P.

published in

Tijdschrift arbeidsrechtpraktijk

2011

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Bouwens, W. H. A. C. M., & Witteveen, A. P. P. (2011). Het Albron-arrest: Lees maar, er staat niet wat er staat. *Tijdschrift arbeidsrechtpraktijk*, 2011, 10-15.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Het Albron-arrest: Lees maar, er staat niet wat er staat¹

Prof. mr. W.H.A.C.M. Bouwens en mr. A.P.P. Witteveen²

In de recente uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Albron/FNV & John Roest³ geeft het Hof van Justitie antwoord op de vraag of de binnen het concern permanent gedetacheerde werknemer rechten kan ontlenen aan Richtlijn 2001/23 inzake overgang van ondernemingen, wanneer de onderneming waar hij feitelijk werkzaam is wordt overgedragen. Dat antwoord luidt bevestigend. In deze bijdrage worden het arrest en de gevolgen voor de Nederlandse rechtspraktijk besproken. De auteurs vragen zich, mede in het licht van verschillen in diverse taalversies, af hoe Richtlijn 2001/23 moet worden gelezen. Zij betogen voorts dat de vrij algemeen gedeelde opvatting dat het arrest meebrengt dat de gedetacheerde werknemers in dienst komen van de verkrijger, niet onder alle omstandigheden correct is.

1. De Richtlijnbepalingen en het nationale recht

De kernbepaling van Richtlijn 2001/23 vinden we in art. 3. Het eerste lid van deze bepaling luidt:

‘De rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, gaan door deze overgang mee over op de verkrijger.’

Wie als ‘vervreemder’ moet worden beschouwd, is neergelegd in art. 2 van de Richtlijn. Opmerkelijk is dat de inhoud van deze bepaling in de diverse taalversies van de Richtlijn verschilt. In de Nederlandse versie geldt als vervreemder iedere natuurlijke of rechtspersoon die door de overgang ‘de hoedanigheid van ondernemer ten aanzien van de onderneming (...) verliest’. Dit sluit aan bij de Duitse tekst.⁴ In de Franse en Engelse tekst van de Richtlijn gaat het echter niet om het verlies van het ondernemerschap, maar om het verlies van de hoedanigheid van ‘werkgever’ (respectievelijk ‘employeur’ en ‘employer’).⁵ Dit verschil is naar onze mening cruciaal voor een goed begrip van het Albron-arrest (zie hierna onder 5 en 8).

Art. 3 van de Richtlijn heeft in Nederland geleid tot de invoering van art. 7:663 BW, op grond waarvan door de overgang van een onderneming van rechtswege mee overgaan op de verkrijger, de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip ‘voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en de daar werkzame werknemer’. Vergeleken met de (Nederlandse versie van de) Richtlijn vallen twee verschillen op. In plaats van ‘vervreemder’ spreekt de nationale regeling over de ‘werkgever in die onderneming’. Verder ziet de BW-bepaling uitsluitend op arbeidsovereenkomsten en niet op (andere) arbeidsbetrekkingen.⁶

¹ Naar: M. Nijhoff, Awater, *Nieuwe gedichten*, Amsterdam 1934.

² Willem Bouwens is hoogleraar sociaal recht aan de VU Amsterdam; Arjen Witteveen studeerde daar kort geleden af met een scriptie over de positie van gedetacheerde werknemers bij overgang van onderneming.

³ HvJ 21 oktober 2010, zaak C-242/09, JAR 2010/298, NJ 2010, 576 (m.nt. Mok), JIN 2010/858 (m.nt. Jellinghaus)

⁴ “Veräußerer” ist jede natürliche oder juristische Person, die aufgrund eines Übergangs im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 als Inhaber aus dem Unternehmen, dem Betrieb oder dem Unternehmens- bzw. Betriebsteil ausscheidet.

⁵ De Franse versie luidt: “cédant”: toute personne physique ou morale qui, du fait d'un transfert au sens de l'article 1er, paragraphe 1, perd la qualité d'employeur à l'égard de l'entreprise, de l'établissement ou de la partie d'entreprise ou d'établissement. In het Engels: “transferor” shall mean any natural or legal person who, by reason of a transfer within the meaning of Article 1(1), ceases to be the employer in respect of the undertaking, business or part of the undertaking or business.

⁶ In het arrest Bork is door het Hof uitgemaakt dat het bestaan van een arbeidsovereenkomst of –betrekking naar nationaal recht moet worden vastgesteld: HvJ 15 juni 1988, NJ 1990, 247. Gelet op het toepassingsbereik van de Richtlijn is goed verdedigbaar dat zij ook een rol kan spelen bij de interpretatie van regelingen waarvan de werkings-sfeer niet beperkt is tot arbeidsovereenkomsten in de zin van art. 7:610 BW, zoals het BBA. Vergelijk Arbeids-overeenkomst, losbladig, art. 7:662, aant. 5.

Tot het Albron-arrest was in de Nederlandse literatuur en jurisprudentie een opvatting heersend die in belangrijke mate was gestoeld op het – ook in de Nederlandse versie van de Richtlijn gemaakte – onderscheid tussen de hoedanigheden van ondernemer en werkgever. Voor een overgang van rechtswege op de verkrijger was in die opvatting nodig dat de vervreemder op het moment van de overgang zowel ondernemer in de overgedragen onderneming als werkgever van het daar werkzame personeel was. De werkgever en de ondernemer moesten dezelfde (rechts)persoon zijn.⁷ Dit betekende dat van ter beschikking gestelde arbeidskrachten, zoals uitzendkrachten en gedetacheerde werknemers, werd aangenomen dat zij zich niet op de wettelijke regeling kunnen beroepen wanneer het bedrijf waarin zij feitelijk werkzaam zijn, door de inlener aan een derde wordt overgedragen. Zij gaan wel mee over indien de onderneming van hun formele werkgever overgaat, bijvoorbeeld naar een ander uitzendbureau. Ook de regering heeft eerder te kennen gegeven uit te gaan van deze opvatting.⁸

Alleen bij de overgang van een onderdeel van een onderneming werd, in navolging van de arresten Botzen en D'Urso van het Hof van Justitie,⁹ naast het formele criterium van het bestaan van een arbeidsovereenkomst met de vervreemder, ook een materieel criterium gehanteerd. In dat geval moet tevens worden beoordeeld of de afdeling waarbij de werknemers zijn aangesteld en die het organisatorisch kader vormt waarbinnen de arbeidsverhouding wordt geconcretiseerd, al dan niet wordt overgedragen.

2. Van Heineken naar Albron

In het arrest van het Hof van Justitie gaat het om de overname van de (interne) cateringactiviteiten van Heineken door Albron. De bij Heineken werkzame cateringmedewerkers werden binnen het concern bij de Heineken-cateringvennootschap gedetacheerd, maar waren in dienst bij de personeelsvennootschap Heineken Nederland Beheer. Conform de heersende opvatting waren zowel Heineken als Albron ervan overtuigd dat de verplichtingen van Heineken ten opzichte van het personeel niet van rechtswege overgingen op Albron. Heineken kwam een afvloeiingsregeling met het personeel overeen en Albron bood de medewerkers op haar beurt aan om bij de cateringonderneming werkzaam te blijven, echter tegen een aanzienlijk lagere beloning.

Onder aanvoering van John Roest kwam het personeel in actie tegen deze verslechtering van hun rechtspositie. Nadat een eerste kort geding bij de Voorzieningenrechter in Den Haag op de heersende leer was gestrand,¹⁰ kwam de Kantonrechter Utrecht tot een verrassend oordeel.¹¹ Deze rechter oordeelde dat wél sprake was van een overgang van rechtswege, daarbij verwijzend naar de eerder aangehaalde arresten Botzen en D'Urso. De kantonrechter haalde de overweging van het Hof van Justitie uit het Botzen-arrest aan, dat voor de overgang van de rechten en verplichtingen van werknemers enkel beslissend is, of de afdeling waarbij de werknemers waren aangesteld en die het organisatorisch kader vormde waarbinnen de arbeidsverhouding werd geconcretiseerd, al dan niet wordt overgedragen. Het Hof van Justitie voegde daarestijds aan toe: *'Een arbeidsverhouding wordt immers in hoofdzaak gekenmerkt door de band tussen de werknemer en het onderdeel van de onderneming of vestiging, waarbij hij voor de uitoefening van zijn taak is aangesteld.'* Volgens

⁷ Zie Pres. Rb. Arnhem 29 oktober 1982, NJ 1982, 619 (*Heidemij*). HvJ 25 juli 1991, NJ 1994, 168 (*D'Urso*); Pres. Rb. Utrecht 13 oktober 1998, JAR 1998/248; Ktr. Rotterdam 9 februari 2000, JAR 2000/143; Ktr. Rotterdam 9 oktober 2007, JAR 2007/274 en 26 juni 2008, JAR 2008/212; R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming: wie gaat er mee, wie blijft er achter, wie valt tussen wal en schip?' *ArbeidsRecht* 2005/27; A.A. de Jong, 'De positie van gedetacheerde werknemers bij een overgang van onderneming', *ArbeidsRecht* 2007/3. Anders: Hof Amsterdam 20 maart 2003, JAR 2003/103; Hof Arnhem 27 juni 2006, JAR 2006/239; W. Kroft, 'Overgang van onderneming: een reactie' *ArbeidsRecht* 2006/3.

⁸ Zie p. 15 van de Memorie van Toelichting bij wetsvoorstel 27 469, waarin de regering met betrekking tot het in art. 7:670, achtste lid, BW op te nemen opzegverbod opmerkt dat deze bepaling niet van toepassing is in het geval waarin de werknemer tewerk is gesteld in een andere onderneming dan die van de werkgever, indien die andere onderneming wordt overgedragen.

⁹ HvJ 7 februari 1985, NJ 1985, 902 (*Botzen*; m.nt. Stein) en HvJ 25 juli 1991, NJ 1994, 168 (*D'Urso*)

¹⁰ Vzr. Rb. 's-Gravenhage 22 februari 2005, JAR 2005/63.

¹¹ Ktr. Utrecht 15 maart 2006, JAR 2006/80.

de kantonrechter moest daaruit worden afgeleid dat ook een werknemer die geruime tijd bepaalde, in het kader van een arbeidsverhouding aangewezen, werkzaamheden heeft verricht bij een materiële werkgever die deel uitmaakt van hetzelfde concernverband als de formele werkgever, welke werkzaamheden aan een andere werkgever worden overgedragen zich kan beroepen op de door de Richtlijn wegens overgang van onderneming beoogde bescherming van de werknemer. Deze situatie moest volgens hem overigens uitdrukkelijk worden onderscheiden van die van herhaaldelijk kortstondige detacheringen of uitzendingen, zoals bij een typische uitzendwerkgever -

De uitspraak is met de nodige kritiek ontvangen, vooral omdat bij Heineken de werkgever en de overdragende ondernemer twee verschillende rechtspersonen waren.¹² In Botzen en D'Urso ging het om situaties waarin de werknemers bij dezelfde rechtspersoon in dienst waren als de rechtspersoon die de activiteiten overdroeg. In hoger beroep zag Hof Amsterdam aanleiding om de volgende prejudiciële vragen voor te leggen aan het Hof van Justitie:¹³

1. *'Moet Richtlijn 2001/23/EG aldus worden uitgelegd dat van de in artikel 3 lid 1 eerste volzin bedoelde overgang van rechten en verplichtingen op de verkrijger uitsluitend sprake is indien de vervreemder van de over te dragen onderneming ook de formele werkgever is van de betrokken werknemers of brengt de door de richtlijn beoogde bescherming van werknemers mee dat bij overgang van een onderneming van de tot een concern behorende werkmaatschappij de rechten en verplichtingen ten opzichte van de ten behoeve van deze onderneming werkzame werknemers op de verkrijger overgaan indien al het binnen het concern werkzame personeel in dienst is van een (eveneens tot dat concern behorende) personeelsvereniging die fungeert als centrale werkgeefster?*
2. *Hoe luidt het antwoord op het tweede deel van de eerste vraag indien werknemers als daar bedoeld die ten behoeve van een tot een concern behorende onderneming werkzaam zijn in dienst van een andere, eveneens tot dat concern behorende vereniging, niet zijnde een personeelsvereniging zoals in de eerste vraag omschreven?'*

3. Conclusie Advocaat-Generaal

Advocaat-generaal Bot geeft in zijn conclusie het Hof van Justitie in overweging te oordelen dat artikel 3, eerste lid, van de Richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat deze bepaling ook van toepassing is bij overgang van een tot een concern behorende vereniging, wanneer de werknemers die permanent bij deze vereniging zijn tewerkgesteld, juridisch een andere vereniging van het concern als werkgever hebben. Onder verwijzing naar het arrest Botzen dient volgens hem doorslaggevend te zijn of de werknemer duurzaam tot de overgedragen eenheid behoort. Hij wijst erop dat permanent gedetacheerden een vaste verhouding hebben met de onderneming waar zij te werk zijn gesteld die grotendeels vergelijkbaar is met die welke zou bestaan indien zij rechtstreeks zouden zijn aangeworven. Deze werknemers zijn geïntegreerd in de structuur van de werkmaatschappij en dragen bij tot de uitoefening van de economische activiteit van deze onderneming. Het permanente karakter van de tewerkstelling brengt bovendien mee dat de vereniging van tewerkstelling voor onbepaalde tijd kan beschikken over een werknemer die zij kan opleiden volgens haar behoeften. Zij profiteert ook van de ervaring die deze werknemer heeft opgedaan bij het verrichten van zijn werkzaamheden in haar dienst, in voorkomend geval voor de gehele duur van zijn beroepsleven, zoals zij zou kunnen doen indien zij zijn juridische werkgever was. Een dergelijke arbeidsverhouding is volgens de A-G duidelijk te onderscheiden van die met een uitzendkracht. Deze wordt slechts tijdelijk ter beschikking van een inlenende vereniging gesteld. Hij is niet persoonlijk gekozen door deze vereniging, maar geselecteerd door het uitzendbureau, dat hem uit zijn werknemers heeft uitgezocht wegens

¹² Zie bijvoorbeeld de noot van Grapperhaus in *Ondernemingsrecht* 2006, 87, R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming in de publieke en private sector', Kluwer 2008, p. 73 en M. Holtzer, 'De toepassing van de Wet overgang van ondernemingen in concernverband', *Ondernemingsrecht* 2007/86.

¹³ Hof Amsterdam 30 juni 2009, *JAR* 2009/195.

zijn geschiktheid om te voldoen aan de behoeften die de inlenende vennootschap in haar opdracht heeft geformuleerd.

Een belangrijk argument van de A-G vóór toepasselijkheid van de Richtlijn is voorts het dwingendrechtelijk karakter van de regeling. Indien het Hof van Justitie van oordeel zou zijn dat de richtlijn in de betrokken situatie niet van toepassing is, zou er een zeker gevaar bestaan dat concerns die wijze van organisatie van hun arbeidsverhoudingen invoeren, om te voorkomen dat bij overgang de richtlijn wordt toegepast. De toepassing van richtlijn 2001/23 zou dan aan de beoordelingsvrijheid van de concerns worden overgelaten.

In de onder meer door de Nederlandse regering naar voren gebrachte tegenwerping dat aan gedetacheerde werknemers aldus een dubbele bescherming wordt verleend, zowel bij overgang van de vennootschap van tewerkstelling als bij overgang van de werkgevervennootschap, zie hij geen reëel probleem. De A-G laat in het midden of deze bescherming verenigbaar is met Richtlijn 2001/23. Maar gesteld dat dit het geval is, dan zal dit de bescherming van de werknemers slechts versterken.

4. Het Albron-arrest

Het Hof van Justitie ziet aanleiding om de prejudiciële vragen van het Hof Amsterdam te herformuleren. Het overweegt dat de verwijzende instantie in wezen wenst te vernemen of *‘ook de tot het concern behorende onderneming waarbij de werkgevers permanent zijn tewerkgesteld, zonder evenwel door een arbeidsovereenkomst aan die onderneming (...) te zijn gebonden, als een ‘vervreemder’ in de zin van artikel 2 lid 1 sub a van de richtlijn kan worden beschouwd (...)’*

Het Hof van Justitie beantwoordt deze vraag bevestigend. Het wijst in dat kader op de bewoordingen van art. 3, eerste lid, van de Richtlijn, waarin, zoals hierboven reeds aangegeven, wordt gesproken van een ‘arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking’. Hoewel de invulling van deze verhouding wordt overgelaten aan het nationale recht van de lidstaten, ziet het Hof van Justitie hierin een aanwijzing dat in de ogen van de Uniewetgever niet onder alle omstandigheden een contractuele band met de vervreemder is vereist. Naar het oordeel van het Hof van Justitie kent de richtlijn geen subsidiariteitsverhouding in die zin dat de contractuele band systematisch zou moeten prevaleren boven de niet-contractuele band. De tekst van de Richtlijn staat er derhalve niet aan in de weg de niet-contractuele werkgever waarbij de werknemers permanent zijn tewerkgesteld eveneens te beschouwen als vervreemder.

Daarnaast overweegt het Hof van Justitie dat een overgang volgens de richtlijn de voortzetting van een economische eenheid is die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan. Dit veronderstelt met name de wijziging van de natuurlijke of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de economische activiteiten van de onderneming en die, uit dien hoofde, als werkgever van die eenheid arbeidsbetrekkingen heeft met de werknemers van die eenheid, ook als contractuele relaties met die werknemers ontbreken. Ten slotte wijst het Hof van Justitie op de considerans bij de Richtlijn. Punt 3 daarvan onderstreept de noodzaak om werknemers bij verandering van ‘ondernemer’ te beschermen. Dit begrip kan ook doelen op de niet-contractuele werkgever die verantwoordelijk is voor de leiding van de overgedragen activiteiten.

Een en ander voert het Hof van Justitie tot de volgende beslissing:

‘Bij de overgang, in de zin van richtlijn 2001/23/EG (...), van een tot een concern behorende onderneming naar een onderneming buiten dat concern, kan ook de tot het concern behorende onderneming waarbij de werknemers permanent zijn tewerkgesteld, zonder evenwel door een arbeidsovereenkomst aan die onderneming te zijn gebonden, als een ‘vervreemder’ in de zin van artikel 2, lid 1, sub a, van die richtlijn worden beschouwd, hoewel er binnen dat concern een onderneming bestaat waaraan de betrokken werknemers wel door een dergelijke arbeidsovereenkomst zijn gebonden.’

Tevens oordeelt het Hof van Justitie dat er geen aanleiding bestaat de werking van het arrest in tijd te beperken. Dit aspect laten wij verder onbesproken.

5. Ondernemer is werkgever

Voor de rechtsgevolgen van een overgang van onderneming is doorslaggevend wie als vervreemder heeft te gelden. Op grond van art. 3 van de Richtlijn gaan immers slechts de rechten en verplichtingen op de verkrijger over welke ‘voor de vervreemder’ voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking. In het arrest oordeelt het Hof van Justitie dat de tot het concern behorende onderneming waar de werknemers permanent tewerk waren gesteld, eveneens als vervreemder behoort te worden beschouwd.

Uitgaande van de Nederlandse taalversie van de Richtlijn, waarin voor het aanmerken als vervreemder het verlies van ondernemerschap essentieel is, is vanzelfsprekend dat de onderneming van feitelijke tewerkstelling als vervreemder in de zin van art. 2 van die taalversie heeft te gelden. Deze vennootschap verloor door de transactie immers de hoedanigheid van ondernemer. De overgang was daar juist op gericht. Dit stond in de procedure ook helemaal niet ter discussie. In de Franse en Engelse versie is het aanmerken van de onderneming van feitelijke tewerkstelling als vervreemder wel bijzonder. In die taalversies gaat het immers om het verlies van de hoedanigheid van werkgever.

In het arrest beoordeelt het Hof van Justitie uitsluitend of de betrokken onderneming de hoedanigheid van (niet-contractuele) werkgever verloor. Hieruit kan worden afgeleid dat het Hof zich richt naar de Franse en Engelse tekst van de Richtlijn. Dit blijkt ook uit rechtsoverweging 21 van het arrest, waarin het begrip ‘ondernemer’ tussen haken is geplaatst:

‘Om te beginnen blijkt uit de bewoordingen van artikel 2, lid 1, sub a, van richtlijn 2001/23 dat de vervreemder degene is die door een overgang in de zin van artikel 1, lid 1, van die richtlijn, de hoedanigheid van werkgever (‘ondernemer’) verliest.’¹⁴

Toepassing van de Franse en Engelse versie van de Richtlijn leidt in situaties waarin het personeel niet in dienst is bij degene die de onderneming in stand houdt, tot een wezenlijk andere uitkomst dan toepassing van de Duitse en Nederlandse versie. Uitgaande van de Nederlandse taalversie kon de contractuele werkgever in het onderhavige geval niet als vervreemder worden aangemerkt. Hij bezat ten aanzien van de overgedragen onderneming immers niet de hoedanigheid van ondernemer en kon deze hoedanigheid dus ook niet verliezen. In de Franse en Engelse taalversie is daarentegen niet van belang of deze werkgever ook de hoedanigheid van ondernemer bezat.

Van het Hof had gelet op het vorenstaande ten minste mogen worden verwacht dat het de keuze voor de in de Franse en Engelse taalversie opgenomen definitie van het begrip vervreemder had gemotiveerd.

6. Duurzaamheid van de arbeidsbetrekking

Het antwoord van het Hof van Justitie ziet slechts op permanent bij de over te dragen eenheid gedetacheerde werknemers. Dit roept de vraag op hoe het zit met niet-permanent gedetacheerd personeel. Het Hof van Justitie laat zich hier niet over uit. Het refereert slechts aan het begrip ‘arbeidsbetrekking’ in art. 3, eerste lid, van de Richtlijn, waaruit kan worden afgeleid dat de Uniewetgever niet onder alle omstandigheden een contractuele band met de vervreemder vereist. Dit begrip stelt geen nadere eisen aan de duurzaamheid van de band met de niet-contractuele werkgever en hoeft er derhalve niet aan in de weg te staan ook kortstondig bij de overgedragen eenheid gedetacheerde werknemers te doen overgaan.

De gedachte eenieder die op het moment van de overgang feitelijk – mogelijk slechts incidenteel – in de overgedragen onderneming werkzaam is, de bescherming van de Richtlijn te bieden, spreekt ons niet aan. Om als onderneming te worden aangemerkt, moet sprake zijn van een economische eenheid, dat wil zeggen van een duurzaam georganiseerd geheel van personen en vermogensbestanddelen, waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden

¹⁴ In de Engelse versie van het arrest wordt uitsluitend gesproken over ‘employer’ en ontbreekt de toevoeging tussen haakjes.

uitgeoefend. Om tot die eenheid te behoren, moet een duurzame band tussen werknemer en (het betreffende onderdeel van) de onderneming bestaan. Ook de A-G wijst daarop. Hij stelt vast dat in de onderhavige zaak de beoordeling van deze duurzaamheid geen moeilijkheden oplevert, aangezien de betrokken werknemer vanaf zijn indiensttreding twintig jaar geleden permanent bij de overgedragen onderneming tewerk is gesteld, en vervolgt dat het in voorkomend geval aan het Hof van Justitie zal zijn, nader te preciseren of en onder welke voorwaarden deze oplossing moet worden uitgebreid tot andere gevallen van detachering.

Dit is een onbevredigend standpunt, omdat het de rechtspraktijk opzadelt met het probleem hoe te beoordelen wanneer sprake is van voldoende duurzaamheid om de bescherming van de Richtlijn in te roepen.¹⁵ Naar onze mening is daarvoor in eerste instantie beslissend wat partijen voor ogen stond. Vindt tewerkstelling plaats voor onbepaalde tijd, dan zal derhalve reeds van aanvang af gesproken kunnen worden van voldoende duurzaamheid om aanspraak te kunnen maken op de bescherming van de Richtlijn.

7. Andere arbeidsbetrekkingen

Het Hof van Justitie beperkt zijn oordeel tot intra-concerndetachering. Betekent dit dat gedetacheerde werknemers die in dienst zijn van een niet tot het concern behorende onderneming, zich niet op het arrest kunnen beroepen?

De dragende overwegingen van het Hof van Justitie zien niet alleen op detachering binnen concernverband. Zij betreffen alle arbeidsbetrekkingen. De beperking die de A-G aanbrengt ten aanzien van uitzendrelaties, wordt door het Hof van Justitie ook niet gemaakt. Indien het Hof van Justitie tot uitdrukking heeft willen brengen dat de gedetacheerde werknemer van rechtswege in dienst komt bij de verkrijger – hetgeen naar onze mening overigens niet zonder meer het geval is (zie hierna onder 8) – ligt het echter niet voor de hand die benadering ook toe te passen op uitzendarbeid. Dat is nauwelijks verenigbaar met de in het arrest Jouini¹⁶ door het Hof van Justitie gemaakte analyse, volgens welke een uitzendkracht, voor de toepassing van Richtlijn 2001/23, verbonden is aan het uitzendbureau dat hem tewerkstelt.

Voor werknemers van een payrollonderneming ligt dat anders. Een payrollonderneming vertoont veel gelijkenissen met een personeelsvennootschap. De werknemers worden veelal geworven en geselecteerd door de niet-contractuele werkgever en de detachering heeft als regel een exclusief en permanent karakter. De betrokkenheid van de payrollonderneming is als regel beperkt tot betaling van het loon, het voeren van de loonadministratie en de financiële afwikkeling van het dienstverband. Dit verschilt wezenlijk van ‘gewone’ uitzendarbeid, waarbij de uitzendkracht door het uitzendbureau wordt geselecteerd en aan de inlener ter beschikking wordt gesteld.¹⁷ Voor de payrollwerknemer geldt voorts, evenals voor binnen het concern gedetacheerde werknemer, dat hij zich in veel gevallen nauwelijks bewust is van het feit dat hij niet in dienst is bij de niet-contractuele werkgever.¹⁸

Indien de payrollonderneming uitsluitend als externe salarisadministratie fungeert en werknemer en opdrachtgever zich in feite rechtstreeks jegens elkaar hebben verbonden, kan worden betoogd, dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst met de payrollonderneming, maar met de opdrachtgever.¹⁹ In dat geval zal de payrollwerknemer op grond van art. 7:663 BW zonder meer mee overgaan wanneer de onderneming waar hij feitelijk werkzaam is wordt overgedragen.²⁰ Als

¹⁵ Vergelijk L.G. Verburg, ‘Europese invloeden op het Nederlandse arbeidsrecht: de overgang van onderneming’, *ArbeidsRecht* 2010/53, volgens wie deze aanpak tot een nieuw *lawyers' paradise* zal leiden.

¹⁶ HvJ 13 september 2007, *JAR* 2007/252.

¹⁷ M.A. Kuyt-Fokkens, ‘Payrolling: uitkomst of toch niet?’, *NJB* 2006, p. 1313.

¹⁸ J.P.H. Zwemmer, ‘Waarom de payrollonderneming geen (uitzend)werkgever is’, *TRA* 2009/12.

¹⁹ Vergelijk J.P.H. Zwemmer, ‘Waarom de payrollonderneming geen (uitzend)werkgever is’, *TRA* 2009/12 en E.M. Hoogeveen, ‘De inlener en het werkgeverschap’, *ArA* 2007/3, p. 8 ev.

²⁰ De rechtspraak is echter zeer terughoudend als het erom gaat als formele werkgever een andere partij aan te wijzen, dan de partij waarmee de werknemer uitdrukkelijk heeft gecontracteerd. Zie in het algemeen HR 27 november 1992, *NJ* 1993, 273 (*Volvo/Braam*; m.nt. Stein), HR 5 april 2002, *NJ* 2003, 124 (*ABN AMRO/Malbi* m.nt. Heerma

de afspraken met de payrollonderneming wel voldoende zelfstandige betekenis hebben om als arbeidsovereenkomst te worden aangemerkt, is onzes inziens gelet op hiervoor gesignaleerde gelijkenissen goed verdedigbaar dat de werknemer dezelfde bescherming toekomt als de binnen concernverband permanent gedetacheerde werknemer.

8. Welke rechten en verplichtingen gaan over?

In de commentaren naar aanleiding van het arrest wordt ervan uitgegaan dat Albron op grond daarvan de bij Heineken geldende arbeidsvoorwaarden van het overgenomen personeel dient te waarborgen.²¹ Als we het oordeel nader beschouwen, is deze conclusie echter niet vanzelfsprekend. Uit het arrest volgt immers slechts dat de tot het concern behorende onderneming waarbij de werknemers permanent tewerk zijn gesteld, ‘eveneens’ als ‘vervreemder’ moet worden beschouwd. Er is in de visie van het Hof van Justitie derhalve sprake van meerdere vervreemders. Hieruit kan worden afgeleid dat contractuele en niet-contractuele werkgever door het Hof niet worden vereenzelvigd.

Het aanmerken van de niet-contractuele werkgever als ‘vervreemder’ betekent dat op grond van art. 3 van de Richtlijn de rechten en verplichtingen welke voor *die* vervreemder voortvloeien uit de op het moment van de overgang met de tewerkgestelde werknemer bestaande arbeidsbetrekking, mee overgaan op de verkrijger. Met die conclusie is Roest niet gebaat. Uit zijn tewerkstelling vloeiden voor de niet-contractuele werkgever wel zekere verplichtingen voort – denk met name aan verplichtingen ten aanzien van arbeidstijden en arbeidsomstandigheden (zie art. 1:1, eerste lid, onder a, ten tweede, Artw en art. 1, eerste lid, onder a, ten tweede, Arbwet) – maar niet ter zake van het loon en daar draaide het in casu om. Voor Roest is essentieel dat ook zijn contractuele werkgever als vervreemder in de zin van art. 3 van de Richtlijn wordt aangemerkt, zodat de tegenover deze werkgever bestaande aanspraken op het hogere loon van rechtswege over zijn gegaan op Albron.

Door de merkwaardige herformulering van de prejudiciële vragen mist het Hof van Justitie eigenlijk de crux van de zaak. Uit het gebruik van de woorden ‘eveneens’ en ‘ook’ kan echter worden afgeleid dat het Hof in deze zaak ook de contractuele werkgever als vervreemder aanmerkt. Dat strookt met de omschrijving van dit begrip in de Engelse en Franse versie van de Richtlijn. Door-slaggevend daarin is immers of de contractuele werkgever door de overgang zijn hoedanigheid van werkgever verliest. En dat was hier inderdaad het geval. De personeels-BV verloor de hoedanigheid van werkgever, omdat het gedetacheerd personeel in dienst kwam bij Albron. Maar wat als het gedetacheerde personeel niet was overgenomen?

Wanneer het gedetacheerde personeel niet in dienst treedt bij de verkrijger, verliest de contractuele werkgever niet de hoedanigheid van werkgever en is hij dus geen vervreemder in de zin van art. 2 van de Richtlijn. In zo’n geval heeft uitsluitend de niet-contractuele werkgever als vervreemder te gelden en gaan op grond van art. 3 van de Richtlijn dus ook slechts de rechten en verplichtingen die tussen de gedetacheerde werknemer en zijn niet-contractuele werkgever bestaan, van rechtswege over op de verkrijger.²² Dit betekent dat in een dergelijk geval bij een overgang de gedetacheerde werknemer in dienst blijft bij de partij met wie hij een arbeids-

van Voss) en HR 9 juni 2006, BNB 2006/285 (m.nt. Kavelaars). Zie met betrekking tot payrolling in het bijzonder: Ktr. Amsterdam 22 december 2009, JAR 2010/41 en Hof Leeuwarden 23 maart 2010, JAR 2010/107, waarbij de andersluidende uitspraak van de Ktr. Groningen van 15 december 2009, JAR 2010/27 werd vernietigd.

²¹ Zie bijvoorbeeld M.R. Mok en S.F.H. Jellinghaus in hun noten onder respectievelijk NJ 2010, 576 en JIN 2010/858 en D.J. Rutgers&T.L.C.W. Noordoven, *Bedrijfsjuridische berichten* 2010/53.

²² Er is derhalve geen sprake van een keuzerecht voor de werknemer om ofwel in dienst te treden bij de vervreemder op grond van zijn band met de niet-contractuele werkgever, dan wel in dienst te blijven bij zijn contractuele werkgever. Een dergelijk keuzerecht past ook niet in de systematiek van de Richtlijn, die inhoudt dat het de werknemer vrij staat zich tegen de overgang naar de verkrijger te verzetten, maar niet voorziet in voortzetting van het arbeidscontract met de oorspronkelijke werkgever indien de werknemer niet bij de verkrijger in dienst wil treden: HvJ 16 december 1992, JAR 1993/64 (*Katsikas*). Anders: E. Knipschild&E.C. van Fenema, ‘Albron: over de vervreemder, de arbeidsbetrekking en de beschermingsgedachte’, *ArbeidsRecht* 2011/1

overeenkomst heeft gesloten, hetzelfde werk blijft doen op basis van dezelfde arbeidsvoorwaarden en met dezelfde ontslagbescherming als voorheen. Dat is ook het meest in overeenstemming met hetgeen de Richtlijn beoogt.

Dat de verkrijger door het personeel al dan niet in dienst te nemen het zelf in de hand heeft of de rechten en verplichtingen van de werknemers onverkort overgaan, is merkwaardig, maar, gelet op de benadering van het Hof van Justitie van de overgang van ondernemingen in de arbeidsintensieve sectoren, niet uitzonderlijk. In die sectoren kan immers sprake zijn van een overgang van onderneming wanneer de nieuwe werkgever niet alleen de betrokken activiteit voortzet, maar feitelijk ook een wezenlijk deel – qua aantal en deskundigheid – van het personeel overneemt dat zijn voorganger voor die taak had ingezet.²³

9. Conclusie

Het Albron-arrest brengt mee dat binnen het concern bij een van de werkmaatschappijen permanent gedetacheerde werknemers bij overgang van die werkmaatschappij een beroep kunnen doen op de bescherming die Richtlijn 2001/23 werknemers biedt.

Het Hof van Justitie richt zich in het arrest naar de Engelse en Franse taalversie van de Richtlijn, waarin voor de status van vervreemder het verlies van de hoedanigheid van werkgever doorslaggevend is. In de Nederlandse en Duitse taalversie gaat het om het verlies van het ondernemerschap. Omdat dit verschil van wezenlijk belang is voor de benadering van situaties waarin het personeel niet in dienst is bij degene die de onderneming in stand houdt, had van het Hof van Justitie ten minste mogen worden verwacht dat het de keuze voor een bepaalde taalversie had gemotiveerd.

Veelal wordt aangenomen dat het oordeel van het Hof van Justitie inhoudt dat de gedetacheerde werknemers van rechtswege in dienst komen van de verkrijger wanneer de onderneming waar zij feitelijk zijn tewerkgesteld wordt overgedragen. Dat is correct in de Albron-zaak, omdat het gedetacheerd personeel in deze zaak in dienst trad bij de verkrijger. De contractuele werkgever verloor daardoor zijn status van werkgever en had daarom, uitgaande van de Franse en Engelse versie van de Richtlijn, eveneens als vervreemder te gelden. Wanneer niet is voorzien in indiensttreding van het gedetacheerd personeel bij de verkrijger, gaan onzes inziens echter alleen de rechten en verplichtingen over die tussen niet-contractuele werkgever en gedetacheerde werknemer bestaan, bijvoorbeeld op het terrein van arbeidstijden en arbeidsomstandigheden.

Verdedigbaar is dat het arrest ook van belang is voor andere duurzaam tewerkgestelde werknemers, zoals payrollwerknemers. Uitgaande van de situatie waarin de overeenkomst tussen werknemer en payrollonderneming voldoende zelfstandige betekenis heeft om in die verhouding als arbeidsovereenkomst te worden aangemerkt, betekent dit gelet op het vorenstaande echter niet dat het onderscheid tussen contractueel en niet-contractueel werkgeverschap na de overgang steeds wordt opgeheven. Dit onderscheid blijft bestaan, tenzij de verkrijger de payrollwerknemer vrijwillig in dienst neemt. Gebeurt dat niet, dan blijft de payrollwerknemer bij overgang van de onderneming waarin hij feitelijk werkzaam is, in dienst van de payrollonderneming en zal hij jegens de verkrijger slechts aanspraak kunnen maken op voortzetting van zijn tewerkstelling met behoud van de rechten die hij jegens de inlener had.

²³ Zie onder meer HvJ 11 maart 1997, *NJ* 1998, 377 (*Süzen*).